

Begränsar distributionssamverkan konkurrensen? Grönbok från EU

Av docent HANS HENRIK LIDGARD

Kommissionen har presenterat sin syn på vertikala avtal i en grönbok, som sammanfattar nuvarande läge och ger förslag till alternativa lösningar. Förslagen går från mindre modifieringar av nuvarande synsätt till ett radikalt nytänkande. Idéerna har remissbehandlats under våren 1997. Artikeln sammanfattar den pågående diskussionen och argumenterar för ett betydande nytänkande inom området.

1. Inledning

Klassiska *Consten-Grundig*¹ har under mer än tre årtionden styrt inställningen i Europa till distributionssamarbete. Domen har tolkats strikt av kommissionen, vilket lett till en formell och stelbent inställning uttryckt i ett myller av gemenskapsförordningar, tillkännagivanden och enskilda beslut.

Reglerna berör Europa. Närmare 30% av alla företag arbetar med distribution och sysselsätter mer än 22 miljoner människor. Bestämmelserna träffar naturligtvis också de producerande företag, som saknar en fullt integrerad europaorganisation. Även dessa måste planera sin samverkan med stöd av de ramar som konkurrensreglerna sätter.

Europeisk konkurrensövervakning bemödar sig att övervaka vertikala samarbetsavtal trots att den gängse uppfattningen förefaller vara att distributionssamverkan mellan icke-konkurrenter ökar utbud, förstärker konkurrens och pressar priser.

EG-politiken är nu föremål för en genomgripande revision i samband med att gruppundantagen för ensamförsäljningsavtal, exklusiva inköpsavtal och franchisesamverkan² skall förlängas. Till

¹ EG-domstolen, mål 56 & 58/64, Etablissement Consten S.A. & Grundig Verkaufs-GmbH mot kommissionen ("*Consten-Grundig*"), 13 juli 1966: [1966] REG 299, [1966] CMLR 418.

² "*Distributionsförordning 67/67*": Kommissionens förordning 67/67 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på grupper av ensamåterförsäljaravtal, JO 1967 57/849 sedermera ersatt av "*Distributionsförordning 83/83*": Kommissionens förordning (EEG) Nr 1983/83 av den 22 juni 1983 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på grupper av ensamåterförsäljaravtal, OJ 1983 L 173/5; "*Inköpsförordningen*": Kommissionens förordning (EEG) Nr 1984/83 av den 22 juni 1983 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på grupper av exklusiva inköpsavtal, OJ 1983 L 173/5; "*Distributions tillkännagivandet*": Kommissionens tillkännagivande om kommissionens förordning (EEG) Nr 1983/83 och (EEC)

underlag för en bred diskussion om hur ett nytt regelsystem skall utformas har kommissionen i januari 1997 utfärdat en grönbok,³ som ger en bakgrund, ventilerar ekonomiska teorier och föreslår alternativa lösningar.

Syftet med denna uppsats är att beskriva den nuvarande gemenskapspolitiken och dess underliggande mål, ge en översiktlig presentation av grönbokens innehåll och analysera effekterna av kommissionens alternativa förslag till framtidslösningar.

2. Hårdhänt behandling av vertikala avtal

EG:s inställning till vertikala distributionsavtal kan i mycket återföras till *Consten-Grundig* domen. Fallet har uppfattats som klart och vägledande genom åren, vilket dock inte utesluter att det är kontroversiellt och innehåller oklarheter på avgörande punkter.

För att rekapitulera relevanta punkter i *Consten-Grundig* producerade Grundig bl. a. radio- och TV-apparater, men överlät distributionen till fristående nationella återförsäljare. I detta nätverk av avtal förband sig producenten att inte leverera produkter till annan i respektive avtalsområde och att tillse att återförsäljare varken direkt eller indirekt sålde avtalsprodukter utanför sina områden. Återförsäljarna åtog sig i sin tur att köpa sitt behov av produkter från Grundig, att göra omfattande investeringar i marknadsbearbetning och att inte arbeta med konkurrerande produkter. Därmed hade parterna åstadkommit ett ömsesidigt, exklusivt återförsäljaravtal av traditionellt slag, som skulle säkra maximal avsättning av Grundigs produkter i konkurrens med andra märkesvaror.

Det exklusiva samarbetet förstärktes med ett sinnrikt utnyttjande av varumärken. Grundig gav en licens till Grundignamnet och överlät samtidigt rätten till varumärket GINT, som applicerades på TV-apparater för export. GINT registrerades av återförsäljaren. Med då rådande varumärkesregler förhindrades parallellhandel och varorna kunde prissättas utan hänsyn till hur samma produkt hanterades i andra länder.

Trots det genomtänkta systemet utsattes den franske återförsäljaren för parallellimport från Tyskland av flera parallellhandlare. Prisskillnaderna i marknadsledet mellan Tyskland och Frankrike var stora (ca 30%), vilket kunde härledas till en rad samverkande faktorer: Grundigs överpriser, tullar och avgifter, skillnader i beskattning m. m. samt Constens kostnader för marknadsbearbetning. Consten stämde importörerna för illojal konkurrens (import

Nr 1984/83 av den 22 juni 1983 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på grupper av ensamåterförsäljaravtal och exklusiva inköpsavtal, OJ 1984 L 101/2; "Franchiseförordningen": Kommissionens förordning (EEG) Nr 4087/88 av den 30 november 1988 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av franchiseavtal, OJ 1988 L 359/46.

³ Kommissionens grönbok av 22 januari 1997 om vertikala begränsningar i EG:s konkurrenspolitik, KOM(96) 721 Slutlig, [1997] 4 CMLR 519.

i strid med exklusiv rätt uppfattades i Frankrike som ett illojalt intrång i affärsverksamhet) och för varumärkesintrång.

De franska målen vilandeförklarades och Grundigs återförsäljaravtal anmäldes till kommissionen med begäran om icke-ingripandebesked eller undantag. Kommissionen fann emellertid avtalet mellan Grundig och Consten konkurrensbegränsande i strid med Romfördragets artikel 85.1 och nekade undantag från förbudet enligt bestämmelserna i artikel 85.3.⁴ Beslutet överklagades och EG-domstolen hade bl. a. att ta ställning till

- (i). om Romfördraget avser såväl inommärkes- som mellanmärkeskonkurrens;
- (ii). om ett ömsesidigt exklusivt avtal faller under artikel 85.1;
- (iii). om absolut områdesskydd faller under artikel 85.1; samt
- (iv). hur nationell immaterialrättslagstiftning förhåller sig till gemenskapens konkurrensregler.

I överensstämmelse med sin tidigare rättspraxis förklarade EG-domstolen att vertikala avtal i princip omfattas av konkurrensreglerna i Romfördraget.⁵ "Mellanmärkeskonkurrens" ("interbrand competition") var betydelsefull, men det var också viktigt att upprätthålla "inommärkeskonkurrensen" ("intra-brand competition") för att säkra effektivitet i distributionsledet.⁶

Däremot omfattades inte ett traditionellt exklusivt samarbete som sådant av förbudet i artikel 85.1. Ytterligare restriktiva omständigheter erfordrades — t. ex. inrättandet av ett absolut områdesskydd så att parallellhandel med en vara uteslöts — för att bestämmelsen skulle bli tillämplig.⁷ Konkurrensreglerna ska enligt EG-

⁴ EG-kommissionens beslut Grundig-Consten, 23 september 1964: JO 1964 2545, [1964] CMLR 489.

⁵ EG-domstolen, mål 32/65, Italien mot rådet och kommissionen, 13 juli 1966: [1966] REG 389, [1969] CMLR 39 och mål 56/65, La Société Technique Minière mot Maschinenbau Ulm GmbH (*STM-MBU*), 30 juni 1966: [1966] REG 235, [1966] CMLR 357.

⁶ I mål 56 & 58/64, *Consten/Grundig*, not 1 ovan, berör domstolen vid flera tillfällen behovet av konkurrens i distributionsledet: Se s. 339, s. 342 och s. 343: "... In addition, the more producers succeed in their efforts to render their own makes of product individually distinct in the eyes of the consumer, the more the effectiveness of competition between producers tend to diminish. Because of the considerable impact of distribution costs on the aggregate cost price, it seems important that competition between dealers should also be stimulated. The efforts of dealers are stimulated by competition between distributors of products of the same make. ..."

⁷ Mål 56 & 58/64, *Consten/Grundig*, not 1 ovan, s. 344: "... the infringement ... is not to be found in the undertaking by Grundig not to make direct deliveries in France except to Consten. That infringement arises from the clauses which, added to this grant of exclusive rights, are intended to impede, relying upon

domstolens uppfattning inte bara säkra en fri konkurrens, utan också fria varurörelser.⁸

Problemet med konflikt mellan EGs konkurrensregler och den nationella immaterialrätten löste domstolen vid denna tidpunkt med en hänvisning till EG-rättens allmänna företräde framför den nationella rätten.⁹ Senare har domstolen genom hänvisning till en allmän immaterialrättskonsumtion haft anledning att förtydliga sin inställning.

Domen byggde inte på en djupgående analys av avtalets ekonomiska effekter.¹⁰ Det faktum att avtalet lett till en ökad handel mellan Tyskland och Frankrike var snarare en bekräftelse på att samhandelsrekvisitet i artikel 85.1 var uppfyllt.

I motsats till generaladvokat Roemers genomgripande analys i sitt yttrande där han försvarade ett ekonomiskt tänkande och en bedömning av åtgärders effekter för avnämare och konkurrenter, nöjde sig EG-domstolen med ett formellt resonemang. Domstolen inriktade sig främst på att skydda den fortgående integrationen och i mindre utsträckning baseras utslaget på verkliga konkurrensrättsliga överväganden.

2.1 Kommissionen restriktiv — men pragmatisk

Kommissionen uppfattade *Consten-Grundig* som en bekräftelse på sin formella och strikta inställning till vertikalt samarbete.¹¹ Enligt kommissionen faller det exklusiva avtalet under förbudet i artikel 85.1 eftersom det begränsar parternas handlingsfrihet och

national law, parallel import of Grundig products into France by establishing absolute territorial protection in favour of the sole concessionaire.”

⁸ Mål 56 & 58/64, *Consten/Grundig*, not 1 ovan, s. 343. ”Since the agreement thus aims at isolating the French market for Grundig products and maintaining artificially, for products of a very well-known brand, separate national markets within the Community, it is therefore such as to distort competition in the Common Market.”

⁹ Mål 56 & 58/64, *Consten/Grundig*, not 1 ovan, s. 345–346: ”Articles 36, 222 and 234 of the Treaty relied upon by the applicants do not exclude any influence whatever of Community law on the exercise of national industrial property rights. ... Such a body of rules, by reasons of its nature described above and its function, does not allow the improper use of rights under any national trade-mark law in order to frustrate the Community's law on cartels.”

¹⁰ Mål 56 & 58/64, *Consten/Grundig*, not 1 ovan, s. 343: ”It was therefore proper of the contested decision to hold that the agreement constitutes an infringement of Article 85(1). No further considerations, whether of economic data ... and no possible favourable effects of the agreement in other respects, can in any way lead, in the face of the abovementioned restrictions, to a different solution under Article 85(1).”

¹¹ Kommissionens formella inställning till vad som är en konkurrensbegränsning uttrycktes bl. a. i dess argumenteringen i mål 56 & 58/64, *Consten-Grundig*, not 1 ovan, s. 326: ”The decisive criterion for the coming into force of the prohibition mentioned in Article 85(1) is independent of the ascertainment of the proportion held by the products in question on the 'materially relevant market'; it consists of the finding that the agreement interferes with the freedom of action of the parties or with the position of third parties on the market not only in a theoretical but also in a perceptible manner.”

påverkar tredje mans agerande. Frågan om detta avtal har positiva effekter och ska kunna tillåtas bedöms utifrån den standard som artikel 85.3 sätter.¹²

Kommissionens uppfattning har obestriddliga fördelar: Bedömningen görs av en myndighet och den processuella hanteringen är klar. Enhetlighet och rättssäkerhet kan därmed garanteras. Negativt är naturligtvis att många harmlösa avtal betraktas som förbjudna och måste anmälas med begäran om undantag för att kunna tillämpas. Arbetsbördan blir omfattande för industrin och kraven blir följaktligen stora på att kommissionen har resurser att snabbt hantera svåra bedömningsfrågor.

Kommissionens uppfattning har kritiserats. De ekonomiska effekterna och inte samarbetets form borde vara avgörande för om en konkurrensbegränsning föreligger eller inte. Av konkurrensrättsligt intresse är om ett avtal påverkar tillgång och pris till konsument eller utestänger potentiell konkurrens från marknaden. I allmänhet saknar vertikala avtal mellan icke-konkurrenter sådana effekter och de bör därmed inte drabbas av invändningar.¹³

Kommissionens hantering av enskilda ärenden har genom åren varit pragmatisk och invändningar riktar sig främst mot det rigida motarbetandet av varje form av territoriell begränsning. Det är ett blygsamt antal distributionsärenden som föranlett formella beslut genom åren. Däremot är antalet informellt handlagda ärenden stort.

De individuella besluten har parats med officiella tillkännagivanden som preciserat kommissionens synsätt. Av störst betydelse för vertikal samverkan har tillkännagivandet om *de minimis*-avtal¹⁴ varit. Mindre företag — som i ett nationellt perspektiv kunnat vara ganska betydande enheter — har fritagits från reglerna om deras marknadsandelar i det europeiska perspektivet varit blygsamma. Vidare är det inte oväsentligt att kommissionen klargjort att sam-

¹² Kommissionen har försiktigt nyanserat sin uppfattning i senare undantag. Den klargör numer att exklusiva avtal inte nödvändigtvis faller under bestämmelserna, men för att skapa rättssäkerhet undantas avtalen likväl i grupp. Genom detta tillvägagångssätt kan kommissionen sätta upp strikta regler även för icke förbjudna avtal.

¹³ Kommissionens skoningslösaste kritiker genom åren är Valentine Korah. Hennes senaste inlägg — Vertical restraints and distribution in the European common market: The Commission green paper — är ett manuskript för publicering i Juris Publications. Proceedings of International Intellectual Property Law and Policy — sammanfattar kritiken. Hennes och andra synpunkter baseras på Chicagoskolans ekonomiska teori. Se också grönboken, punkt 85: "De konkurrenshämmande effekterna av vertikal begränsningar blir troligen försumbara på konkurrensutsatta marknader. Snarare kommer deras effektivitetshöjande effekt och nytta för konsumenterna att dominera. Konkurrenshämmande effekter är troliga endast om konkurrensen mellan varumärken är svag och det finns hinder för marknadsinträde."

¹⁴ "Bagatelltillkännagivandet": Kommissionens tillkännagivande om avtal av mindre betydelse som inte faller under fördragets artikel 85.1. Senast reviderat 1994. Se 1994 års konkurrensrapport s. 221 ff., som ersätter kommissionens tillkännagivande OJ 1986 C 231/2 och tidigare versioner.

verkan med självständig handelsagent faller helt utanför förbudet¹⁵ och att allmän informationssamverkan inte heller anses konkurrensbegränsande.¹⁶

Till tillkännagivandena har kommissionen med stöd av rådsdelegationen i förordning 19/65¹⁷ utfärdat gruppundantag för vertikalt samarbete.¹⁸ Gruppundantagen har följt upp de individuella besluten. Exklusiva samarbetsavtal undantas i grupp — under förutsättning att de territoriella begränsningarna bara förhindrar parterna att vara aktiva i varandras territorier. Undantaget gäller inte om parterna vägrar leverera till parallellhandlare om denne gör sina inköp i exportlandet.

2.2 Politikens effekter

Den förda politiken har haft såväl positiva som negativa effekter. Först och främst har förutsägbarheten av myndigheternas inställning varit tämligen god. Så länge ett exklusivt samarbetsavtal legat inom de ramar som fastställts av existerande gruppundantag har detta givit ett regelrätt skydd för parterna. Dessutom säkras en enhetlig rättstillämpning. Artikel 85.1 kan tillämpas såväl av kommissionen som nationella domstolar, vilket lätt leder till olikheter. Har det väl fastställts att ett visst förfarande faller under artikel 85.1, vilket är fallet enligt kommissionen med de exklusiva avtalen, har kommissionen enligt artikel 87 och förordning 17/62 ensamrätt att fastställa villkor för tillämpning av undantaget i artikel 85.3.

Den viktigaste invändningen är av principiell natur. *Consten-Grundig* lade grunden för ett systemfel genom sin formella inställning, som bortsåg från avtalets verkliga effekter för avnämare och konkurrenter. Kommissionen har i sin rättstillämpning skärpt synsättet och efter hand har EG-domstolen intagit en allt striktare inställning.¹⁹ Förstainstansrättens dom i *Dansk Pelsdyravlerforening*²⁰

¹⁵ "Agenttillkännagivandet": Kommissionens tillkännagivande av den 24 december 1962 om exklusiva handelsagentavtal, JO 1962 No. 139/2921 av 24 december 1962. Agentsamverkan är föremål för förnyade överväganden och det hade varit naturligt att ta upp dem i samband med grönboken. Se Burnside, A., *Vertically Challenged*, In *Competition* 1997:3 p.2.

¹⁶ "Samarbetsstillkännagivandet": Kommissionens tillkännagivande av den 29 juli 1968 om avtal, beslut och samordnade förfaranden vid samarbete mellan företag, JO 1968 C 75/3.

¹⁷ "Förordning 19/65": Rådets förordning Nr 19/65/EEG av den 2 mars 1965 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av avtal och samordnade förfaranden, JO 533/65, EGT Specialutgåva 1994, 08/01/36.

¹⁸ Se not 2 ovan. Till de vertikala reglerna hör också reglerna om tekniköverföring, legotillverkning och bildistribution.

¹⁹ I mål 25/75, *Van Vliet Kwasten & Ladderfabriek mot Fratelli Dalle Crode*, 1 oktober 1975: [1975] REG 1103, [1975] CMLR 549 släpptes kopplingen till nationell skyddslagstiftning. Efter hand har bestämmelser som preciserar exklusivitet och meddelar förbud mot export kommit att känneteckna begreppet "absolut områdesskydd". Av betydelse är t. ex. också mål 19/77, *Miller International Schallplatten GmbH v. Commission*, 1 februari 1978: [1978] REG 131; mål 100-103/80, *SA Musique Diffusion Française and Others v. Commission ("Pioneer")*, 7 juni 1983: [1983] REG 1825; mål C-279/87, *Tipp-Ex*

är dock ett tydligt tecken på att domstolarnas synsätt trots allt avviker från kommissionens.

Gemenskapens hantering av exklusiv licenssamverkan är i stort sett parallell med hanteringen av distributionsavtal. *Nungesser*²¹ är av samma centrala betydelse för licensiering som *Consten-Grundig* för distribution och behäftad med i stort sett samma problem vad avser den rättsliga analysen av territoriella avgränsningar.²² Möjligen kan det hävdas att förståelsen för behovet av förbud mot passiva aktiviteter varit större i licenssammanhang.²³

Effekterna av gemenskapspolitiken har blivit ett ensidigt betonande av integrationsaspekter och att stora resurser avsätts för att granska samarbetsåtgärder, som i allmänhet har positiva konkurrens effekter.

Ytterligare en negativ konsekvens av den förda politiken är att företag i Europa i en ökande utsträckning satsat på integration och koncentration. Många faktorer har bidragit, men EG:s ifrågasättande av traditionella samverkansavtal är inte utan betydelse. Genom koncentration har företagen undgått vad som ibland upplevs som störande och reglerande myndighetsingripanden. Det är lättare att styra ett integrerat företag med förhållningsorder än att utsättas för granskning av samarbetsavtal. Utvecklingen har inte gagnat konkurrens klimatet i Europa. Den har därtill diskriminerat små och medelstora företags möjligheter att genom samverkan sprida sina produkter i konkurrens med de större, helt integrerade företagen.

GmbH & Co KG v Commission, 8 februari 1990: [1990]REG I-261 (Summary publication) och EG:s förstainstansrätt, mål T-43/92, Dunlop Slazenger International Ltd v. Commission, 7 juli 1994: [1994] REG II-441.

²⁰ Förstainstansrätten, mål T-61/89, Dansk Pelsdyravlerforening mot kommissionen, 2 juli 1992: [1992] REG 1931, para [98]: "... Contrary to the Commission's contentions, ... this does not mean that the possibility provided for in Article 85(3) of granting a block exemption enables it to be inferred that every agreement falling within the category concerned necessarily fulfils, *ipso facto*, the requirements set out in Article 85(1) ..." , para [99]: "It has consistently been held (ref.), in order to assess an exclusive agreement in the light of Article 85(1) of the Treaty it is appropriate to consider the actual economic context in which it may produce its effects. ..."

²¹ EG-domstolen, mål 258/78, *Nungesser KG & Kurt Eisele mot kommissionen*, 8 juni 1982: [1982] REG 2015, [1983] I CMLR 278.

²² Lidgard, H. H., *Licensavtal i EU. Kommentar till kommissionens förordning 240/96 om tillämpning av Romfördragets artikel 85.3 på vissa grupper av avtal om tekniköverföring*. Stockholm 1997. Kapitel 4. Exklusiv licenssamverkan — territoriella begränsningar har ägnats speciellt åt licensproblematiken.

²³ EG-domstolen, mål 62/79, SA Compagnie Generale pour la diffusion de la television, Coditel, mot S.A. Ciné Vog Films (*Coditel I*), 18 mars 1980: [1980] REG 881, [1981] 2 CMLR 362; mål 27/87, Louis Erauw-Jacquéry Sprl mot La Hesbignonne Société Co-opérative, (*Erauw-Jacquéry*), 19 april 1988: [1988] REG 1919, [1988] 4 CMLR 576; EG-kommissionen, information, Association of Plant Breeders of the EEC, (*Comasso*), 11 januari 1990: EGT 1990 C 6/3, [1990] 4 CMLR 259.

3. En dialog om framtiden

1983 års distributions- och inköpsförordningar skulle ha löpt ut vid utgången av 1997 efter 15 års tjänstgöring. Franchiseförordningen löper fram till utgången av 1999 och det har länge stått klart att politiken rörande vertikala avtal skulle komma att utsättas för en genomgripande revision under senare delen av 90-talet. Ursprungligen var det kommissionens uppfattning att en grönbok skulle presenteras för reformering av förhållandena under innevarande år. En aktiv intern kommissionsdiskussion har fördröjt projektet och kommissionen har därför valt att förlänga 1983 års förordningar till att upphöra samtidigt med Franchiseförordningen.

Inom kommissionen finns olika uppfattningar om hur vertikala avtal ska hanteras i framtiden. En mer formell skola tampas med den grupp som ser till avtalets ekonomiska effekter och söker mer djupgående förändringar av nuvarande regler. Även externt har det sedan många år förekommit en diskussion om det vettiga i att bevaka de vertikala avtalen så hårdhänt som skett genom åren. Som tidigare nämnts har representanter för Chicagoskolan drivit tesen att det vertikala avtalet är harmlöst och sällan behöver kontrolleras.²⁴ Ett av de mer uppmärksammade inläggen kom från Barry Hawk, som menar att avtalets ekonomiska effekter ska fastställas vid bedömningen av om artikel 85.1 är tillämplig och inte vid en prövning av om undantag kan beviljas.²⁵

Det utvecklade ekonomiska synsättet är ett gott skäl att ifrågasätta den nuvarande politiken. Ett ytterligare praktiskt skäl är kommissionens bristande resurser. Även om gruppundantagen fångar in många avtal, är det en betydande mängd som kräver en individuell granskning eftersom de t. ex. innehåller tveksamma territoriella avgränsningar, konkurrensklausuler, kundhänvisningsbestämmelser eller pridföreskrifter. Det påstås att konkurrensdirektoratet fortfarande lägger halva sin arbetskapacitet på att granska och kommentera vertikalt samarbete och därmed

²⁴ Williamson, O., *Antitrust Economics: Mergers, Contracting, and Strategic Behavior*, New York (1987), kap. 6 — *Assessing Vertical Market Restrictions: Antitrust Ramifications of the Transaction Cost Approach* s. 129: "I believe that the common law tradition is based on sound premises and that, confronted with a novel organizational arrangement, the immediate reaction of antitrust enforcement agencies and the courts should not be to attribute anticompetitive purpose and intent. Instead they should inquire whether efficiency gains can plausibly be associated with the arrangement under consideration. Only when this exercise has been completed should the issue of anticompetitive abuse be raised."

²⁵ Hawk, B. E., *System Failure: Vertical Restraints and EC Competition Law*, CMLRev. 1995 s. 974: "The most fundamental, and the most trenchant, criticism is that the Commission too broadly applies Article 85(1) to agreements having little or no anticompetitive effects. (Ref.) This criticism rests on three pillars: 1) an inadequate economic analysis under 85(1); 2) an unpersuasive rationale for this overbroad application of 85(1), notably the 'economic freedom' notion; and 3) the Commissions' historical and continuing resistance to Court judgments evidencing a more nuanced economics-based interpretation of 85(1)."

inte hinner med en fullgod övervakning av de nakna kartellerna, koncentrationstendenserna, missbruket av dominerande ställning och monopol, statliga stödåtgärder och andra förfaranden som i allmänhet har betydligt större effekter på det ekonomiska klimatet i gemenskapen. Arbetsituationen lär inte förbättras av en förestående utvidgning av gemenskapen, särskilt som de medlemskapssökande ländernas erfarenheter av konkurrensövervakning lär vara begränsade. Någon ökning av kommissionens resurser i paritet med utökade arbetsuppgifter har hittills inte förutsetts.

3.1 Grönboken ett diskussionsunderlag.

Grönboken är uttryckligen avsedd att vara ett diskussionsunderlag och kommissionen begär kommentarer från medlemsländer, organisationer och allmänheten. Vid tillfällen då ledande funktionärer deltagit i diskussioner har dessa understrukt att kommissionen inte har någon dold agenda och att det inte finns något utarbetat konkret förslag, som kommissionen redan nu bestämt sig för att driva.

Tillvägagångssättet skiljer sig från tidigare tillfällen då kommissionen framlagt ett färdigt förslag för kommentar.²⁶ Konsekvenserna av det nya förfarandet är ännu svåra att överblicka. Så mycket kan dock sägas som att kommissionen undviker att komma i en ensidig försvarsposition. I samband med Teknikförordningen fick kommissionen försvara sig mot kritik från olika håll, även om synpunkterna var inbördes oförenliga. Allt inriktades på att skjuta kommissionens förslag i sank. Nu har det blivit så att industrin diskuterar de olika alternativ som finns och man kan märka att olika grupperingar lyfter fram olika aspekter och därmed kommer i en viss motsatsställning till varandra. Den producerande industrin förefaller att sträva efter en allmänt liberalare syn på det vertikala samarbetet, medan distribuerande företag är mer intresserade av att gruppundantagsreglerna blir entydiga och klara och kanske lägger en hämsko på producenternas fantasifullhet i att utforma avtal och koncept.

Kommissionen ber företagen att motivera sina ställningstaganden och underbygga med konkreta exempel och besked om vad den ena respektive andra åtgärden har för praktiska effekter. Att agera som skiljeman mellan motstridiga industriella viljor måste vara en behaglig position för en annars utsatt myndighet. Å andra sidan kommer den tidpunkt när kommissionen måste ta ställning och lägga fram ett konkret förslag och då är frågan om diskussio-

²⁶ Se t. ex. Preliminary draft of 30 September 1994 on the application of Article 85(3) of the Treaty to certain categories of technology transfer agreements. Preliminärt förslag till teknikförordning från kommissionen, OJ 1994 C 178/3.

nen kanske bara varit ett sätt att skjuta problemen framför sig. Möjligen kan man hoppas på att förståelsen under mellantiden ökat för de avvägningar som lagstiftaren har att ta hänsyn till.

3.1.1 Omfattande men ganska tunt underlag²⁷

Grönboken innehåller en 80-sidig genomgång av villkoren för distribution i Europa. Den är en enkel och tydlig redovisning av de förhållanden som kan komma att påverka den kommande lagstiftningen och innehåller inga radikala nyheter. Resonemanget utgår ifrån några grundläggande axiom: Sålunda ska förändringar genomföras inom de ramar som den nuvarande fördragstexten ger. Vidare ska ett förslag skapa så stor rättssäkerhet som möjligt för enskilda och möjliggöra en fortgående decentralisering av beslutsprocessen i överensstämmelse med subsidiaritetsprincipen — inte minst med tanke på kommissionens bristfälliga resurser.

Även om allt kan diskuteras är kommissionens positioner låsta beträffande prisöverenskommelser och territoriella begränsningar, för vilka den hittills restriktiva politiken förefaller att ligga som ett givet faktum även i framtiden.²⁸ Det är påtagligt hur dokumentet gång efter annan återkommer till konkurrensreglernas uppgift att säkerställa fria varurörelser i gemenskapen.

Efter sammanfattningar och allmän bakgrundsredovisning förs ett ekonomiskt resonemang, som är välgörande fritt från låsningar. Slutsatsen är att det exklusiva vertikala avtalet inte ses som något större problem, utan snarare att det finns effektivitetsvinster i att medge parterna en betydande avtalsfrihet om de inte har en marknadsposition som skapar särskilda konkurrensproblem. I en avrundande avslutning till det ekonomiska avsnittet har kommissionen dock känt sig föranlåten att delvis ta udden av det ekonomiska resonemanget genom att understryka att den konkurrensrättsliga inställningen till distributionssamverkan även styrs av andra faktorer än rent ekonomiska överväganden.

Ytterligare ett tungt avsnitt i grönboken är beskrivningen av rättsutvecklingen i gemenskapen och hur den nuvarande politiken successivt utvecklats i ett samspel mellan EG-domstolen och kommissionen. Avsnittet, som naturligtvis präglas av det officiella synsättet, är en balanserad sammanfattning av kända förhållanden och tillför inte diskussionen några nyheter.

²⁷ Se sammanfattning av Peepkorn, L., Commission adopts Green Paper on vertical restraints in EU competition policy, Competition Policy Newsletter 1996:3 s. 10.

²⁸ Grönboken, punkt 276: "Principen att *prisbindning* och *hinder för parallellhandel* skall behandlas som allvarliga överträdelser av konkurrensreglerna gäller även fortsättningsvis. Det föreslås att de behandlas som i sig stridande mot artikel 85.1 i den utsträckning som avtalet, det samordnade förfarandet eller beslutet ifråga kan påverka handeln mellan medlemsstaterna. Det är inte heller troligt att de beviljas undantag enligt artikel 85.3."

Kommissionen redovisar också inställningen till vertikala avtal i EG:s medlemsstater, USA och Kanada. Denna del visar att EG-politiken avviker på viktiga punkter. Flera medlemsstater ser inte att exklusiv distributionsamverkan begränsar konkurrensen. Kommissionen understryker dock att EG-lagstiftningen är den enda lagstiftning som behöver ta hänsyn till integrationsaspekter. Det är för övrigt ett återkommande tema i hela grönboken, men varför EG skiljer sig från federala statsbildningar som USA och Kanada framgår inte. Även Tyskland borde med kommissionens resonemang diskutera integrationsaspekter.

I ett följande avsnitt redovisar kommissionen resultatet av de fältundersökningar, som kommissionstjänstemän genomfört hos olika företag. Diskussionerna har förts informellt och gör uttryckligen inte anspråk på att ge en rättvisande bild av industrins inställning till den nuvarande politiken. Om något kan väl denna del visa att det inte finns en enhetlig uppfattning om hur vertikala avtal bäst hanteras. I övrigt kan den ses som en idéinventering.

Det avslutande avsnittet är tveklöst det viktiga i vilket kommissionen presenterar förslag i form av alternativ för det fortsatta lagstiftningsarbetet. Vid sidan av möjligheten att bibehålla den nuvarande lagstiftningen intakt föreslår kommissionen tre möjligheter, som kanske bäst kan betecknas som en lättare modifiering, en radikalare förändring enligt vilket marknadsstyrka blir den avgörande faktorn och ett nytt synsätt som accepterar det vertikala samarbetet när det inte finns definierade problem. Alternativen kommer att presenteras nedan. Det är på dessa kommissionen önskar kommentarer — vilket inte utesluter att även andra förslag förs fram.

3.2 Parallellt tillkännagivande om de minimis-avtal

Vid sidan av grönboken har kommissionen nyligen lagt fram ett konkret förslag till revision av bagatelltillkännagivandet,²⁹ som delvis förebådar diskussionen om de vertikala avtalen och också bidrar till att ta udden av den skarpaste kritiken mot tingens nuvarande ordning.

Uppfattningen att konkurrensbegränsande avtal måste ha en märkbar inverkan på konkurrensen och samhandeln kan föras tillbaka till EG-domstolens utslag i *Völk/Vervaecke*.³⁰ Principerna omsatte kommissionen i ett tillkännagivande 1970,³¹ som sedermera reviderats vid ett antal tillfällen — senast 1994. Idag anses avtal mellan parter, med omsättning understigande 300 miljoner Ecu och vars marknadsandel inte når 5%, inte falla under förbudet

²⁹ Commission Draft Notice on Agreements of Minor Importance of 30 January 1997, OJ 1997 C 29/3, [1997] 4 CMLR 500.

³⁰ EG-domstolen, mål 5/69, *Völk mot Ets Vervaecke Sprl*, 9 juli 1969: [1969] REG 295, [1969] CMLR 273.

³¹ Notice concerning minor agreements, May 27, 1970, J.O. 1970 C 84/1.

i artikel 85.1.³² Kommissionen föreslår nu att tillkännagivandet förändras på flera viktiga punkter.

Produktions- eller distributionsavtal avseende såväl produkter som tjänster faller endast under förbudet i artikel 85.1 om inblandade företags gemensamma marknadsandel överskrider

- a. 5 % om det rör sig om ett horisontellt eller blandat horisontellt/vertikalt avtal;
- b. 10% om det är ett rent vertikalt avtal.

För att tillkännagivandet ska vara tillämpligt får marknadsandelarna inte överstiga de angivna tröskelvärdena vid avtalets ingående, men förhållandena måste också bestå framöver. Kommissionen tillåter dock en tioprocentig avvikelse under två år, utan att synsättet förändras. Den tidigare omsättningsbegränsningen har helt försvunnit. Tillkännagivandet utgår enbart från avtalets inverkan på konkurrensen och tar inte hänsyn till effekter på handeln mellan medlemsstaterna. Därmed är det bara marknadsandelsresonemanget som blir av betydelse. Avtal mellan stora företag med små marknadsandelar fritas i samma utsträckning som avtal mellan små företag.

Tillkännagivandet är inte tillämpligt vid prisbindning, kvoteringsringar och marknadsuppdelning. I överensstämmelse med kommissionens decentraliseringsfilosofi understryks dock att EU-myndigheten bara kommer att ingripa i undantagsfall mot sådana begränsningar och att det snarare är nationella myndigheter som får ta initiativ.

Upplägget ger ingen speciell fördel för små och medelstora företag. Eftersom gemenskapen i andra sammanhang sagt sig vilja stödja dessa, avslutas dock förslaget med en hänvisning till rekommendationen av den 3 april 1996 rörande små och medelstora företag.³³ Företag som har mindre än 250 anställda anses inte kunna driva verksamhet som påverkar konkurrensen i EG och kommissionen kommer normalt inte att ingripa mot sådana företags samarbetsavtal, även om de skulle ha marknadsandelar som överskrider de i bagatelltillkännagivandet angivna.

4. Framtidsalternativen

Som framhållits ger grönboken fyra vägar för framtiden. Den första, som kanske framstår som kommissionens huvudalternativ, är att bibehålla nuvarande regler. Med hänvisning till den tidigare redovisade kritiken väcker inte ett sådant förslag någon större entu-

³² Bagatelltillkännagivandet, fotnot 14 ovan

³³ "SME Recommendation": Commission Recommendation of 3 April 1996 on Small and Medium-sized Enterprises (Definition), OJ [1996] L 107/4, [1997] 4 CMLR 510

siasm. Måhända ska grönboken i denna del ses som ett förhandlingsutspel. Varje förändring i förhållande till dagens situation blir en förbättring och förespeglar att kommissionen givit upp positioner, som man kanske redan nu skulle kunna acceptera.

4.1 *Option II — Liberalisering inom nuvarande ramar*

4.1.1 Förslagets innebörd

Det första alternativet till att bibehålla existerande regler går under beteckningen "option II" och innebär att det nuvarande systemet bibehålls, men att gruppundantaget görs mer omfattande och flexibelt.

Förändringsförslagen i detta alternativ är generella för att öka flexibiliteten och tankegångarna är inte sällan hämtade från andra gruppundantagsförordningar. T. ex. omfattar gruppundantagen inte bara de preciserade bestämmelserna, utan även mindre restriktiva åtgärder.³⁴ Bestämmelsen kan förefalla självklar, men eftersom EG-domstolen framhållit att gruppundantagen ska tolkas strikt är förtydligandet viktigt.³⁵ Vidare prövas ånyo tanken från förslaget till teknikförordning³⁶ om att förbud bara drabbar den förbjudna bestämmelsen utan att smitta resten av avtalet, som alltså skyddas av gruppundantaget. Kommissionen är vidare beredd att meddela ett speciellt undantag för selektiv distribution och överväger särskilt ett skiljeförfarande om nya återförsäljare nekas tillgång till det selektiva systemet.

Förslaget innehåller också ett antal specifika åtgärder. Sålunda skulle även tjänster kunna innefattas, vilket inte är fallet i dagens gruppundantag. Dessutom föreslås återförsäljaren få rätt att genom viss bearbetning förändra avtalsprodukten, vilket inte är fallet idag. För franchising skulle kommissionen kunna vara beredd att diskutera högstaprisättning som ett allmänt undantag från det absoluta förbudet mot prisbindningsregler. Vidare kan kommissionen tänka sig att införa det svenska "ICA-undantaget", som möjliggör sammanslutningar av oberoende detaljhandlare om deras gemensamma marknadsandel är begränsad.³⁷

³⁴ "Teknikförordningen": Kommissionens förordning (EG) Nr 240/96 av den 31 januari 1996 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av avtal om tekniköverföring, EGT 1996 L 31/2, [1996] 4 CMLR 405, artikel 1.5.

³⁵ EG-domstolen, mål C-234/89, Stergios Delimitis mot Henninger Bräu AG, (*Delimitis*), 28 februari 1991: [1991] REG I-935, [1992] 5 CMLR 210, para [46] and para [55].

³⁶ Preliminary draft of 30 September 1994 on the application of Article 85(3) of the Treaty to certain categories of technology transfer agreements, OJ 1994 C 178/3.

³⁷ Det är intressant att denna möjlighet aktualiseras samtidigt som debatten är intensiv i Sverige om fördelarna med förslaget. Den svenska diskussionen visar att marknadsstyrka är mer avgörande än formen för undantaget. Se arbetsgruppspromemoria av den 28 februari 1997 om Gruppundantag enligt konkurrenslagen för frivilliga kedjor i detaljhandeln.

Enligt förslaget skulle de speciella reglerna för bensin och öl kvarstå och möjligen luckras upp något för att t. ex. ge bryggerier möjligheter att byta ut och lägga till ölmärken av en angiven sort.

4.1.2 Förslaget löser invändningar

Option II innehåller en rad fördelar som välkomnas av många. Rättssäkerheten ökar genom att mindre restriktiva bestämmelser än de undantagna fångas in och genom att hela avtalet inte blir ogiltigt för att en enskild bestämmelse inte är täckt. Båda dessa tillägg lär minska försöken att i civilrättsliga processer få samarbetsavtal upphävida därför att de formellt inte omfattas av gruppundantag, vilket vore en välkommen nydaning.

Det är naturligtvis intressant att gruppundantagen täcker nya situationer. Genom rättspraxis har reglerna för selektiv distribution utmejslats så pass klart att det är dags för ett generellt stadgande. Goda skäl finns också för att tjänster ska omfattas och att bearbetning av avtalsprodukt inte nödvändigtvis ska föranleda individuella ansökningar. Förslagen underlättar för industrin och lär minska kommissionens arbetsbörda på ett inte oväsentligt sätt.

Det förefaller som om handeln är särskilt intresserad av att denna linje följs upp och konkretiseras. Inte minst är franchisekedjor intresserade av lösningen. Företag som McDonald, Holiday Inn och liknande har obehindrat kunnat bygga sin verksamhet under skydd av existerande gruppundantag. Med tanke på att det specifika franchiseundantaget är liberalt är intresset förståeligt. Det torde säkert också bli så att svenska detaljhandelssammanslutningar, som stridit hårt för den svenska särlösningen, blir mycket nöjda om de svenska reglerna görs till norm även på EG-planen.

4.1.3 Grundprincipen fortsatt dock fel

Mot förslaget kan invändas att det ingalunda kommer att leda till en förenkling av lagstiftningen i gemenskapen. Det bygger snarare på att existerande undantag består — om än i förändrad och förbättrad form. Dessutom läggs minst ett nytt undantag för selektiva distributionsavtal till den tidigare skaran undantag och eventuellt ytterligare ett för detaljhandelssammanslutningar. Lagstiftningsmassan blir på detta sätt enorm.

Omfånget är dock inte den viktigaste invändningen. Option II bygger på att det nuvarande synsättet konserveras. Harmlösa avtal förblir formellt förbjudna utan att det visas eller ens är troligt att de har en negativ effekt på konkurrensförhållandena i gemenskapen. Denna inställning skapar onödiga problem för alla inblandade parter, som det nu kan vara dags att lämna bakom sig.

4.2 Gruppundantag med marknadsandelstänkande

4.2.1 Förslagets innebörd

Option III innebär en skärpning av nuvarande gruppundantag, eller det undantag som skisserats under option II ovan. Gruppundantagen skulle inte äga tillämplighet när någondera parten har en marknadsandel som överstiger 40% av den relevanta marknaden i det område som omfattas av avtalet. Detta skärpta synsätt skulle i vart fall gälla avtal, som innehåller bestämmelser om förbud mot aktiv försäljning av avtalsprodukter utanför det tilldelade territoriet och bestämmelser om förbud att sälja konkurrerande produkter. Det absoluta förbudet mot att förhindra parallellhandel kvarstår naturligtvis i detta alternativ.

Parter som har högre marknadsandelar eller som är osäkra på sina marknadsandelar blir med förslaget tvungna att göra individuella anmälningar. Kommissionen kan för detta alternativ tänka sig att utfärda riktlinjer, som preciserar på vilka villkor undantag kan beviljas enligt artikel 85.3. Som exempel anges att ingen avsevärd prisdiskriminering uppstår för kunder.

4.2.2 Marknadsandelstänkande ett rött skynke för industri

Av de olika förslagen finns det goda grunder att anta att detta kommer att vara det minst uppskattade förslaget. Marknadsandelsresonemanget rönkte ingen som helst uppskattning vid diskussionen om en ny Teknikförordning.³⁸ Industrirepresentanter hävdade att sådana avgränsningar var godtyckliga och att det var sällan som myndighet och företag gjorde en likartad bedömning av den relevanta marknaden. I sammanhanget hänvisades det till kommentarer från ledande funktionärer vid tidigare tillfällen, som visade att få industriföretag hade en klar uppfattning om sina verkliga marknadsandelar.³⁹ Även myndigheter gör inom sig olika bedömningar av samma förhållanden. Problemet med det föreslagna tillvägagångssättet är de dramatiska effekter som små skillnader ger upphov till. Huruvida parter har 39% eller 41% av en på visst sätt avgränsad produktmarknad avgör om avtalet är tillåtet enligt gruppundantaget och kan tillämpas fullt ut eller förbjudet med risk för bötesstraff och civilrättsliga konsekvenser.

Det var högst motvilligt som DG IV inom kommissionen övergav marknadsandelstänkandet i anslutning till Teknikförordningen och det är inte förvånande att resonemanget återkommer som ett bland andra i grönboken. Kommissionen vill framhäva företagets marknadsposition snarare än deras absoluta storlek. Omsättnings-

³⁸ Se Lidgard, H. H., EU-gruppundantag med förhinder, SvJT 1995 s. 793–819, särskilt s. 805 ff.

³⁹ Johannes kommentar citerad i EC Commission Report of the hearing of interested parties concerning the draft Commission Regulation (E.E.C.) on the application of Article 85(3) of the Treaty to certain categories of patent licensing agreements; (Brussels, 9–11 October 1979).

tal är inget lämpligt kriterium — även om de är enkla att hantera. Storleken anger i sig inget om risken för skadlig inverkan och kommissionen har redan övergivit detta begrepp i förslaget till bagatelltillkännagivande. Det är företagens marknadsstyrka som medför risker, vilket förklarar varför kommissionen vill införa ett instrument för att mäta denna risk.

Förutom osäkerheten med marknadsavgränsningar och de avvägningsfrågor som uppstår vid beräkning av marknadsandelar måste det ifrågasättas om det finns behov för ytterligare tröskelvärden. Bagatelltillkännagivandet ger nu en frizon och regler riktade till dominerande företag fångar in de tunga aktörerna. Dominans är resultatet av en sammanvägning av många faktorer och kan ibland appliceras på företag med blygsamma marknadsandelar.⁴⁰ Att härutöver tillföra ytterligare en ”varningszon” i ett gruppundantag förefaller tveksamt. EG:s Förstainstansrätt har redan klargjort att artikel 86 kan tillämpas även om ett avtal formellt skulle uppfylla kriterierna i ett gruppundantag.⁴¹ Kommissionen tillfogar en antydan om att man är öppen för att meddela riktlinjer för individuella undantag. Det är möjligen en eftergift mot den kritik som framfördes mot förslaget till Teknikförordning, eftersom det var så alldeles oklart vad som hände de avtal som överskred de fastställda gränserna.

Problemet förefaller att ligga i konsekvenserna av att en viss marknadsandel överskrids. När en mindre avvikelser leder till att ett avtal blir förbjudet och civilrättsligt ogiltigt är konsekvenserna stora. Om gränsen däremot innebär att anmälningsskyldighet och inte ogiltighet uppkommer lär motståndet mot marknadsandelstänkandet minska. En kompromisslösning som kanske skulle vara lättare att acceptera vore att utnyttja den hittills försummade oppositionsproceduren. Avtal över en viss marknadsandel anmäls summariskt och om kommissionen inte aktivt ingriper omfattas det av gruppundantag.

4.2.3 Uttryck för gamla tankar

Med hänvisning till det öde som drabbade marknadsandelstänkandet vid diskussionen om Teknikförordningen är det mindre sannolikt att option III kommer att ligga till grund för den framtida lagstiftningen. Det bevarar systemfelet och skärper lagstiftningen till att blott medge undantag för samarbetsavtal mellan företag med begränsade marknadsandelar. Upplägget leder till ökat arbete för såväl industri som kommission i en situation där åtminstone myndigheten saknar resurser.

⁴⁰ Se t. ex. EG-domstolen, mål 27/76, United Brands Co mot kommissionen, 14 februari 1978: [1978] REG 207, [1978] 1 CMLR 429.

⁴¹ EG:s förstainstansrätt, mål T-51/89, Tetra Pak Rausing SA mot kommissionen, 10 juli 1990: [1990] REG II-309, [1991] 4 CMLR 334.

Det är symptomatiskt att kommissionen anger avsaknad av prisdiskriminering som villkor för att individuellt undantag ska kunna beviljas. Exemplet visar att distributionsavtalet formellt faller under förbudet och bara undantas om det inte hämmar prissättningen, som är den konkurrensfaktor som intresserar avnämarna mest. Huruvida ett vertikalt avtal, som inte påverkar prissättningen, över huvud taget faller under förbudet i artikel 85.1 diskuteras inte.

4.3 Option IV — Tillkännagivande riktat mot höga marknadsandelar

4.3.1 Förslagets innebörd

Option IV uttrycker ett nytänkande. Ekonomiska överväganden och inte formella argument avgör om en överenskommelse kan anses konkurrensbegränsande eller inte. Förslaget syftar till att öka rättssäkerheten och flexibiliteten. Om parternas marknadsandel inte överstiger t. ex. 20% presumeras avtalet vara i överensstämmelse med artikel 85.1 och därmed tvingas kommissionen att med ekonomiska argument visa på motsatsen. Återigen gäller dock ett skärpt synsätt vad avser prisbindning, avtal mellan konkurrenter och territoriella begränsningar.

I sina presumtionsöverväganden tvingas kommissionen till en grundläggande marknadsanalys där sådana faktorer som marknadsstruktur, inträdeshinder, varuflöde mellan medlemsstater och nätverkseffekter lyfts fram.

Beträffande samverkansavtal där parternas marknadsandel överstiger 20% diskuterar kommissionen i grönboken två varianter. I det ena fallet skulle sådana avtal kunna vara föremål för gruppundantag enligt option II — dvs. utan att begränsas uppåt av marknadsandelsresonemang eller enligt option III med en övre gräns vid 40 % marknadsandel.

4.3.2 Förslagets effekt

Detta alternativ tyder på att kommissionen är öppen för de ekonomiska diskussioner som förts under senare tid och är beredd att minska på kontrollen. I överensstämmelse med utkastet till bagatelltillkännagivandet inriktar sig kommissionen på marknadsandelar och inte företagets storlek. Den nedre gränsen på 20% ger en icke oväsentlig frizon för företagen. Begränsad marknadsstyrka medför liten risk för konkurrensnedvridande effekt. Företagens absoluta storlek är däremot av underordnad betydelse. Möjligheten för kommissionen att motbevisa presumptionen är självklar i händelse av flagranta överträdelser.

4.3.3 Synen på territoriella begränsningar

Förslaget kan i denna del ses som ett rejält kliv framåt. Likväl är principen halvhjärtat genomförd genom att luddigheterna beträf-

fande marknadsuppdelning, prisbindning och konkurrenssamarbete kvarstår. Framför allt kan kommissionen inte frigöra sig från traditionella territoriella resonemang. För sådana begränsningar förutser kommissionen fortsatt ett absolut förbud utan möjlighet till undantag.

Problemet i denna del är att det fortfarande är oklart vad som avses med otillåtna territoriella inskränkningar. Kommissionens utgångspunkt förefaller alltjämt att vara att varje begränsning av parternas frihet att handla med produkter utanför sitt avgränsade område är en konkurrenssnedvridande handling. Möjligen kan aktiv export förhindras. Parterna får däremot inte förhindra passiv handel — dvs. att tredje man köper och vidareförsäljer produkten. Enligt förhärskande uppfattning måste parterna t. o. m. bistå sådan verksamhet genom att på begäran leverera till parallellhandlare. Kommissionens uppfattning i denna del är, som redan framförts, ett uttryck för en rigorös tolkning av EG-domstolens praxis.

Ett annorlunda synsätt är att parterna skulle kunna tillåtas åta sig att varken direkt eller indirekt befrämja parallellhandel, men att de däremot inte får vidta åtgärder för att beivra tredjemans handel med marknadsförd produkt. När varan väl har lämnat deras kontroll ska den fritt kunna föras från en medlemsstat till en annan. Ett sådant synsätt skulle möjliggöra ett framgångsrikt exklusivt samarbete med de marginaler som erfordras för att introducera nya produkter på främmande marknader, men inte utesluta all handel mellan medlemsstaterna.

Synsättet är mer i samklang med industriellt tänkande och överensstämmer med förhållandena i USA och enskilda medlemsstater.⁴² Till motargument anförs ofta att gemenskapen har ett integrationsfrämjande mål och att reglerna måste vara hårda. Resonemangent är dock svårt att acceptera. Frågan är inte om produkter alls ska kunna parallellhandlas. Att en gemensam marknad förutsätter att varor kan handlas fritt över gränserna är ostridigt. Frågan är snarare vilken marginal en distributör ska kunna tillförsäkras. Med ett liberalare förhållningssätt till territoriella begränsningar blir distributörens fördel den marginal som uppstår genom att varan måste passera ytterligare ett försäljningsled innan den kan parallellhandlas. Distributörer som tar en högre marginal får räkna med parallellimport.

5. Slutsats — bra, men ändå inte riktigt bra

Egentligen förefaller det att vara tre huvudproblem som kommissionen står inför när man nu ger sig i kast med att revidera reglerna för vertikala avtal. Först och främst gäller frågan om vertikala avtal som sådana har en negativ inverkan som behöver regleras. Den andra frågan är om det är parternas position på markna-

⁴² Se grönboken punkt 195 f. och punkt 203 ff.

den snarare än den valda samarbetsformen som avgör om det finns risk för negativa effekter. Den tredje frågan är vad som skall anses som en otillåten territoriell begränsning och om konkurrensreglerna ska användas för att skapa ökad marknadsintegration.

5.1 Vertikala avtal begränsar inte konkurrensen

Som framgått av den tidigare analysen förefaller det idag råda enighet om att det vertikala samarbetsavtalet inte begränsar utan snarare stärker konkurrensen. Det faktum att parternas frihet minskar i det ögonblick de kontrakterar med annan är betydelselöst jämfört med att de tillsammans kan skapa ett slagkraftigt alternativ och erbjuda avnämarna en valmöjlighet. Inommarkskonkurrens är således av begränsat samhällsligt intresse medan mellanmarkskonkurrens har stor betydelse.

Konsekvensen av detta resonemang är att vertikala avtal inte bör falla under förbudet i artikel 85.1. I den diskussion som följt på grönboken understryks ofta behovet av en än mer radikal reformering, som utgår ifrån att vertikala avtal är tillåtna. Det kan finnas anledning att tro att industrin kommer att aktualisera en sådan femte option — även om det finns motsättningar mellan olika grupperingar, som alla försöker att tillgodose sina särintressen.

5.2 Marknadseffekter

Kommissionens resonemang ska inte fränkännas all betydelse. Vertikala avtal mellan parter med en stark marknadsposition kan begränsa konkurrensen och det är inte orimligt att kommissionen försöker att tillskansa sig insyn. I detta perspektiv framstår det formella resonemanget som rimligt. För små marknadsandelar understigande 20% gäller en frizon enligt option IV. Mellan 20 och 40% tillämpas undantaget, som utgår ifrån att vissa typer av begränsningar inte finns i avtalet och över 40% kunde — i stället för att göra avtalet ogiltigt — gälla en summarisk anmälningsskyldighet, som ger kommissionen en möjlighet att pröva förhållandena. Därmed skulle marknadsstyrka komma in som en betydelsefull faktor i den fortsatta bedömningen.

5.3 Territoriella begränsningar

Gemenskapssamarbetet har idag nått en sådan mognad att synen på territoriella begränsningar bör kunna modifieras. Kommissionens resonemang förefaller i denna del färdigt för skrotning. Det finns helt enkelt ingen anledning att ställa högre krav i gemenskapen än som sker i enskilda medlemsstater eller i federala statsbildningar. Att parter väljer att samverka exklusivt och avstår från beröring med parallellhandlare innebär inte att de kan utesluta all annan handel med sina produkter. Fritt marknadsförd produkt

kan alltid föras från ett land till ett annat. Några långtgående krav bör inte ställas därutöver, eller som Valentine Korah uttrycker det: "If the market is still not integrated 35 years after the adoption of regulation 17, it may be that the present practice is wrong."⁴³

En fördel med det anförda liberala synsättet är självfallet att behovet av lagstiftning minskar. De nu aktulla förordningstexterna skulle kunna elimineras. Samma öde borde drabba de nyss antagna förordningarna om tekniklicenser⁴⁴ och bildistribution,⁴⁵ eftersom dessa huvudsakligen avser vertikla avtal mellan icke-konkurrenter. Genom förenklingarna får kommissionen utrymme att angripa konkurrensbegränsningar i form av horisontella priskarteller, missbruk av dominerande marknadsställning och ofullkomligheter på grund av nationella stödsystem och monopolregleringar. Här finns de verkliga konkurrensbegränsningarna i Europa.

5.4 Är tillkännagivande en lämplig regleringsform?

Om kommissionen avser att byta politik måste den nya inställningen uttryckas på ett lämpligt sätt. I option IV föreslår kommissionen ett tillkännagivande — eventuellt i en senare bindande form. Ett officiellt meddelande — oavsett om det kommer i form av ett icke bindande tillkännagivande eller en bindande förordning — är enkelt och har likheter med det amerikanska systemet med "guidelines". Det kan leda till enhetlighet i det europeiska synsättet. Ett bindande tillkännagivande kräver dock, som kommissionen påpekar, en ny delegation från rådet.

⁴³ Korah, not 13 ovan, s. 14.

⁴⁴ Teknikförordningen, fotnot 34 ovan.

⁴⁵ Commission Regulation (EC) No 1475/95 on the application of Article 85(3) of the Treaty to certain categories of motor vehicle distribution and servicing agreements, OJ 1995 L 145/25, [1996] 4 CMLR 69.